

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 02 DE PARLA**

C/ Juan Carlos I, 17 , Planta 2 - 28980

Tfno: 916218043

Fax: 916218025

42010143

NIG: 28.106.00.2-2017/0000641

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 65/2017



(01) 31109034382

Abogados y Economistas

SENTENCIA Nº 136/2017

En Parla, a 27 de julio de 2017

Vistos por Miguel López-Veraza Pérez, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Parla y su partido los presentes autos de juicio ordinario sobre nulidad contractual y reclamación de cantidad, seguidos ante este juzgado bajo el número 65 del 2017 a instancias de..... representados por el Procurador Dª. Inés María Álvarez Godoy y asistidos como letrado por Dª. Almudena Velázquez Cobos contra CAIXABANK S.A. representado por D. Miguel Ángel Moreno Reiter y asistida por el letradoha dictado sentencia en virtud de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora Sra. Álvarez Godoy, en nombre y representación de D. y Dª. presentó el 5 de abril de 2016 demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK S.A en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables solicita se declare:

1º- Se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 17 de julio de 2.007, en cuando al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, por concurrir en su aceptación error obstativo o subsidiariamente por tratarse de una cláusula abusiva, declarando de manera integradora que como consecuencia de la nulidad parcial, la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de disminuir el importe prestado de 100.000 € en la cantidad amortizada, también en euros en concepto de principal e intereses.

2º- Con carácter subsidiario, que se condene a la entidad demandada a reparar los daños y perjuicios causados a mis mandantes, mediante la liquidación del préstamo en moneda euros, por lo que igualmente solicitamos que se condene a la entidad demandada a liquidar el préstamo, tomando como base o capital prestado los 100.000 euros estipulados en la escritura, disminuyendo a dicho importe en la cantidad amortizada, también en euros en concepto de principal e intereses.

3º- Se declaren nulas por abusivas las cláusulas Cuarta, apartado cuarto, Quinta, Sexta, Sexta bis y Decimoquinta de la escritura de préstamo multimonedado con garantía hipotecaria suscrito por mis mandantes el día 17 de julio de 2.017 y en consecuencia, las tenga por no puestas y condene a la demandada a la devolución de la cantidad de cláusula Cuarta,

apartado cuarto (comisión por conversión de divisas) y Cláusula Quinta, sobre los gastos, habrán de devolverse a mis patrocinados la cantidad de 6.458,71 € satisfechos por los gastos notariales, registro e impuestos y 1.028,28 € pagados como comisión de cambio de divisas, más las que se vayan cargando durante la duración del presente procedimientos hasta obtener Sentencia definitiva, con los intereses legales devengados desde las respectivas fechas de pago.

Todo ello con imposición a la entidad demandada de las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la entidad demandada, quien contestó a la misma oponiéndose, por lo que se citó a ambas partes para la Audiencia Previa el día 22 de mayo de 2017

TERCERO.- Celebrada con el resultado que obra en autos, comparecieron ambas partes, se propusieron y admitieron pruebas, y se citó para la celebración del juicio el día 5 de julio de 2017.

CUARTO.- El día señalado se celebró la vista. Se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, y previas las conclusiones por los letrados de ambas partes, quedan los autos vistos para resolver.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita con carácter principal una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario firmado el 17 de julio de 2007 en todo lo relativo a la opción multidivisa: con carácter principal por error en el consentimiento a raíz del error sufrido por los actores al formalizar el préstamo. Subsidiariamente por resultar abusiva. Igualmente de forma subsidiaria solicita la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía resultante de tomar como base el capital prestado de 100000 euros disminuyendo a dicho importe en la cantidad amortizada. Finalmente solicita se declaren nulas por abusivas las cláusulas Cuarta, apartado cuarto (comisión por conversión de divisas), Quinta (gastos), Sexta, Sexta bis y Decimoquinta de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrito.

Fundamenta la demanda en que los actores en la fecha señalada firmaron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Barclays Bank S.A, siendo un elemento fundamental de la contratación que la entidad ofreció a los actores un préstamo multidivisa, un producto complejo, de riesgo y especulativo denominado “Préstamo Hipotecario Multimoneda”, modalidad desconocida hasta entonces por ellos omitiendo la información previa necesaria para que pudieran ser conscientes de los riesgos que entrañaba, limitándose a informar la demandada de la existencia de un diferencial entre el tipo de interés de la divisa nativa (Euro) con respecto a la divisa de financiación (Franco Suizo), de tal modo que el coste de la operación financiera iba a ser menor que en la divisa nativa u original del titular que pagaría una cuota inferior a la que vendrían obligado a pagar en euros, si bien, nunca se

les informó de riesgos tales como una cuota mensual más elevada y un incremento muy considerable del capital adeudado.

Estos, pintor de coches y bibliotecaria respectivamente, carecen de conocimientos financieros que les permitan tomar decisiones de inversión fundadas. En el momento actual, la moneda suiza amenaza con arruinar a los actores económica y psíquicamente, habida cuenta que la deuda con la entidad no sólo no se ha reducido, sino que deben más principal que al inicio del préstamo.

El contrato que finalmente se suscribió presentaba las siguientes notas:

- a) Principal del préstamo: préstamo dispuesto en Franco Suizo: 165.950 Francos Suizos por su valor equivalente a 100.000 euros.
- b) Plazo de amortización: 20 años.
- c) Tipo de interés ordinario: LIBOR mensual + 0,70% (margen o diferencial)
- d) Tipo de interés de demora: mínimo 18%
- e) Periodicidad de las cuotas de amortización: Mensual.
- f) Fecha de vencimiento de las cuotas: Día 17 de cada mes.
- g) Comisión por amortización anticipada: 0%
- h) Fincas hipotecadas en garantía: La vivienda familiar.

Sin embargo, en la actualidad, añade que el préstamo, con un capital inicial en euros de 100.000,00 €, tras casi 10 años durante los cuales se han abonado 114 cuotas mensuales comprensivas de capital e intereses por un total de 87.739,24 francos suizos (equivalente a 81.945,68 €) mantiene un capital pendiente de amortizar de 85.590,74 € euros.

La razón de la contratación fue la ausencia de información al cliente precontractual y contractual sobre el riesgo y complejidad del producto. Falta de claridad y transparencia con el cliente que provoca que el consentimiento prestado carezca de los elementos esenciales lo que es determinante de su nulidad.

Subsidiariamente, alega la abusividad de la cláusula financiera primera c) puesto que, aun cuando define el objeto principal del contrato, no supera el filtro de transparencia a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 omite cualquier riesgo sobre la operación en divisas; no existe un reparto de riesgos entre el Banco prestamista y los prestatarios y resulta evidente el perjuicio creado con la operación de multidivisa a los clientes.

La consecuencia de todo lo anterior, ya sea en virtud de error obstativo provocado por la falta de información, bien sea por la declaración de abusividad de la cláusula relativa a la operación de cambio de divisa por falta de transparencia es la nulidad de la cláusula relativa a la opción multidivisa.

Subsidiariamente solicita la indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1101 del Código Civil por los daños causados por culpa o negligencia de la entidad demandada por el incumplimiento del deber de informa al cliente de las características del producto ofrecido

Fundamenta dichas pretensiones en primer lugar en lo dispuesto en los arts. 1265, 1266 y 1303; 6.3, 7, 1283 todos del Código Civil, todos ellos relativos al error en el consentimiento en los contratos y sus consecuencias. En cuanto a la normativa sobre consumidores y usuarios alega el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación el RDLeg 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, arts. 8b), 80, 82, 86, 87 y 89. En ámbito financiero alega el art. 48.2 de la

Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades Financieras, arts. 78 y siguientes de la Ley del Mercado de Valores, y diversas Sentencias entre las que destacan, aparte de la ya señalada, las STS de 9 de mayo de 2013 y 20 de enero de 2014.

SEGUNDO.- La entidad demandada se opone a la demanda alegando que el contrato cuya nulidad se pretende es un simple préstamo donde el prestatario en lugar de recibir moneda nacional, recibe otra divisa, en lo que se conoce como el riesgo del tipo de cambio.

Niega el error en el consentimiento toda vez que fueron los actores quienes acudieron a la entidad solicitando este tipo de préstamo que no era comercializado activamente por la entidad, de modo que solo se concedían previa solicitud expresa. Argumenta que la razón por la que solicitaron el préstamo en Francos Suizos es que en las fechas de la contratación el interés para la moneda Euro era muy elevado, a diferencia del Franco Suizo, de modo que el endeudamiento era muy inferior.

Rechaza asimismo la complejidad del producto. El préstamo multidivisa es claro y sus riesgos notorios: el contrato se formaliza en Francos Suizos, y lo que ha de devolverse son Francos Suizos por lo que es evidente la existencia de un riesgo derivado del tipo de cambio.

Opone además la caducidad de la acción de nulidad pactada por transcurso del plazo de 4 años previsto en el art. 1301 del Código Civil.

En cuanto al fondo del asunto afirma que los demandantes fueron quienes solicitaron esta modalidad de préstamo por razón de la importante diferencia que existía entre el Libor/Franco Suizo y el Euribor de modo que todas las alegaciones relativas a la falta de información no resultan aplicables a este supuesto, ya que fue decisión de los actores.

Se opone asimismo a la nulidad de la cláusula suelo puesto que es legal; no es una condición general de la contratación impuesta por una de las partes, siendo un elemento esencial del contrato que no resulta abusiva ni desproporcionada.

TERCERO.- Planteadas así las posturas de ambas partes, no se discute el concepto de hipoteca multidivisa, aunque sí su naturaleza jurídica, por la distinta interpretación del TS y TJUE, y por tanto si es un instrumento financiero complejo, del cual derivan las obligaciones de información de la entidad bancaria.

La hipoteca multidivisa, según el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 15 de octubre de 2015, es *“un préstamo económico corriente con la distinción de que las cuotas a devolver del préstamo se calculan en otra divisa diferente que no tiene por qué ser la nacional, en este caso el euro. Esta opción multidivisa te permite cambiar de divisa siempre que el deudor hipotecario, previo análisis del estado de las divisas internacionales, piense que va a ser más beneficioso para su crédito. Este mecanismo está pensado para clientes con unos mínimos conocimientos financieros, pues esta opción multidivisa requiere para su éxito que se esté al corriente y se haga un seguimiento de las divisas y su evolución para así cambiar cuando sea conveniente.*

El Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 2015 ha señalado que es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera.

Y añade “*Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros*”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha negado que tenga la consideración de tal instrumento financiero. En su sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 señala que el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva 2004/09/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituye servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad.

Dicho esto juzgador acoge el criterio señalado por el Tribunal Supremo, puesto que, como máxime intérprete de nuestro ordenamiento jurídico, puede fijar una interpretación más rigurosa que la fijada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Mientras este establece unos mínimos equiparables para toda la Unión, sin perjuicio de que cada país pueda incrementar los controles o requisitos para la protección de los consumidores. Y aun considerando que la hipoteca multidivisa no es un instrumento financiero derivado, tampoco es un simple préstamo, puesto que sus riesgos exceden de los préstamos hipotecarios ordinarios. Es decir, nos encontramos ante una figura híbrida entre el simple préstamo y el instrumento financiero.

CUARTO.- Conforme a lo que se acaba de exponer es la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, referente a un caso en principio similar, al menos en relación con la acción principal ejercitada, sobre error en el consentimiento, no así respecto de la subsidiaria dado el carácter de no consumidores de los recurrentes en dicha resolución, a diferencia del presente.

La legislación aplicable a la cuestión planteada es la Ley 26/1984 de 19 de julio para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación; la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito y La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios.

De toda esta normativa se desprende que si bien aún no era aplicable la normativa MIFID para la protección del consumidor, sí estaban las entidades vinculadas por deberes de información como se desprende de la Ley 26/1998, la Orden de 5 de mayo de 1994 e incluso los arts. 79 y concordantes de la Ley del Mercado de Valores.

Esta Orden señalaba en su Exposición de Motivos: “*Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar*”. De ello se desprende la indudable obligación de las entidades financieras de información a sus clientes que excedían de la mera comercialización del producto y que conllevaban cumplir con los requisitos y obligaciones que se preveían.

Dicho esto, este juzgador entiende que, si bien no nos encontramos ante un servicio de inversión stricto sensu conforme señala el TJUE es de aplicar idéntica conclusión a la

alcanzada por la Sentencia del Tribunal Supremo referida: *“En el presente caso, la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando”*. Norma que no viene más que a reiterar lo expuesto en la Orden de 5 de mayo de 1994.

En efecto no consta acreditado por la entidad bancaria la prestación de información alguna a la que estaba obligada. Se limita a señalar en la vista que el producto fue solicitado por los clientes pero sin que se aporte la más mínima prueba, ni documental que acredite bien la existencia de negociaciones, bien explicaciones, simulaciones o de cualquier tipo que permita suponer, aun mínimamente, que el banco se aseguró, en la medida de sus posibilidades del conocimiento del alcance del préstamo que tenían sus clientes. Tampoco aporta testifical relevante. Ninguna de las dos testigos, Sra. y, que han declarado a instancias de la entidad bancaria han podido aclarar y contradecir lo que expone, de forma tajante, la actora Sra. y que fue el comercial de la entidad quien les ofreció el producto. Las dos testigos afirman que se limitaron a la tramitación del préstamo, por lo que no conocen tales extremos.

Pues bien, aun cuando hubiera sido cierto, que no hay la más mínima prueba, y la única declaración es contraria a tal afirmación, que fueron los clientes quienes acudieron a la entidad bancaria para solicitar el préstamo multdivisa, la entidad bancaria, en cumplimiento de las obligaciones previstas en la legislación antes señalada, debió informar, siquiera mínimamente de las características del producto, y de las posibles consecuencias que su contratación podría acarrear, así como cumplir las obligaciones previstas en la Orden señalada. Sin embargo, como se ha expuesto en el párrafo anterior, ni una sola prueba se aporta.

QUINTO.- Dicho esto, la acción que se ejercita con carácter principal es la nulidad por error en el consentimiento. Como señala la STS 30/6/2014 *“Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

SEXTO.- Conforme lo expuesto en los anteriores fundamentos, se aprecia la concurrencia de error en el consentimiento prestado por los actores en la contratación de la hipoteca.

El art 1265 del Código Civil señala que “*Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo*”. El error existe cuando la parte se representa la realidad del contrato de forma equivocada, como consecuencia de lo cual no recibe lo que esperaba obtener del contrato, con el consiguiente perjuicio. Pero no basta cualquier error, sino que el art. 1266, en relación con los arts. 1261 y 1265 CC, exige que recaiga sobre la sustancia de la cosa u objeto del contrato o de las condiciones que principalmente hubiesen dado motivo para celebrarlo. Es decir, para que resulte invalidante debe ser esencial, sobre la cualidad que determinó la celebración del contrato; y excusable, cuando no haya podido ser evitado mediante el empleo de una diligencia media, teniendo en cuenta la condición de las personas así, es exigible mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, siendo, por el contrario, menor si se trata de persona inexperta que entre en negociaciones con un profesional.

Como se ha señalado, no consta a este respecto acreditado por la entidad bancaria que hubiera informado siquiera mínimamente de las consecuencias que, a largo plazo, podría provocar la contratación del préstamo referenciado a una divisa extranjera de tal manera que incluso podría resultar, como es el caso, que no obstante los años que se ha venido abonando el préstamo, la cuantía a devolver sea muy superior debido a la apreciación de las divisas. La documental aportada, y la declaración de la actora en la vista (aunque de ella también se desprende falta de diligencia en la contratación) demuestran el poco conocimiento sobre el tipo de préstamo.

Un dato relevante que vendría a acreditar la ausencia de conocimiento del contenido del préstamo es que desde la firma del contrato, no consta acción alguna tendente a la modificación de la divisa, o consulta a la entidad bancaria sobre la posibilidad del cambio de moneda. Es decir durante 9 años ni una sola actuación relacionada con el préstamo es desarrollada por los actores. Este dato se antoja fundamental toda vez que implica un desaprovechamiento de las ventajas del préstamo multidivisa, que son indudables si se tienen los conocimientos suficientes, pero que se tornan en riesgos difícilmente asumibles en caso de carecer de ellos teniendo en cuenta la larga duración del préstamo, que hace que, a buen seguro, en algún momento se produzca una elevación de los tipos de cambio o de los tipos de interés que incrementen, si no se está atento a ello, tanto el principal como los intereses a abonar, y por tanto la cuantía y cuotas del préstamo.

SÉPTIMO.- No desvirtúa lo expuesto que el préstamo se constituya en escritura pública, con intervención de fedatario público-, puesto que como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 24 de marzo de 2015: “*La intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura*

de préstamo hipotecario a menudo simultánea a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada”.

Todo estos datos valorados en su conjunto llevan a concluir que los actores, en el momento de la contratación no tenían un conocimiento adecuado y suficientes de la naturaleza, características y consecuencias de la contratación del producto, lo que lleva a considerar concurrente el error vicio del consentimiento prestado con las consecuencias conocidas.

OCTAVO.- No cabe por otra parte apreciar la caducidad de la acción ejercitada por cuanto no han transcurrido los 4 años previstos en el art. 1301 del Código Civil.

El dies a quo para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción surge desde que se cumplen las prestaciones de ambas partes, o, mejor dicho el momento en el cual el actor tuvo conocimiento de las reales características de la hipoteca. En el presente, la prestación se prolonga durante las 240 cuotas que deben abonar los actores, por lo que el momento de inicio del cómputo debe ser aquél a partir del cual se acredite que los actores conocieron la realidad de la naturaleza y características del producto cuya nulidad ahora pretenden.

De la documentación se desprende que no se ha realizado acto alguno destinado a la modificación de la divisa para abonar el préstamo, y el mero hecho de que en el año 2011 se produjera un incremento de un 30% de las cuotas, no implica per se una toma de conocimiento del verdadero contenido, características y sobre todo de los riesgos del préstamo que los extractos remitidos desde luego no permiten aclarar. Es relevante a este respecto lo señalado en el fundamento de derecho sexto relativo a la ausencia de actividad por los actores de cambio de la moneda de pago del préstamo.

NOVENO.- La consecuencia de ello es la sanción de nulidad por vicio del consentimiento prestado por los actores en relación con las cláusulas del contrato de préstamo en lo relativo a la hipoteca multidivisa.

En cuanto a sus efectos, como principio general el TJUE señala que la nulidad de una cláusula implica la supresión de la misma, de modo que queda apartada del contrato. Declara asimismo, con carácter general, que la nulidad conlleva la prohibición de integración del contrato mediante la modificación judicial del contenido de la cláusula abusiva como estaba previsto en el art. 83 de la Ley de Consumidores y Usuarios. Sin embargo esta doctrina ha sido moderada por el propio Tribunal, al permitir la aplicación de normativa interior y la integración del contrato en aquellos casos en los cuales la nulidad de las cláusulas conllevaría la nulidad del contrato, y, consiguientemente un perjuicio al propio consumidor, en beneficio del empresario. La sentencia de 21 de enero de 2015 del TJUE (asuntos acumulados C- 482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) señala: *«Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización»*

Abogados y Economistas

La aplicación de dicha doctrina al presente caso implica que declarada la nulidad de

las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario de 17 de julio de 2007 referidas a la multivisa, para llevar a efecto el contrato, sin decretar la nulidad íntegra del mismo, todas las menciones que se realizan al Franco Suizo se entenderán a Euros. Por tanto la primera consecuencia es que la moneda del contrato es el euro, partiendo del importe del préstamo que es de 100.000 euros, y la referencia al Euribor.

DÉCIMO.- La segunda de las acciones ejercitadas, descartando las subsidiarias a la anterior, es la relativa a nulidad de las cláusulas *Cuarta, apartado cuarto, Quinta, Sexta, Sexta bis y Decimoquinta* del contrato por considerarlas abusivas solicitando se tengan por no puestas.

Considera que tales cláusulas presentan todos los caracteres de condiciones generales de la contratación, no habiendo sido negociadas individualmente sino que son impuestas por la entidad. Cláusulas que son contrarias a la buena fe dado que generan un evidente desequilibrio entre las partes, en perjuicio del consumidor.

Las cláusulas impugnadas son las siguientes:

-Cláusula Cuarta, apartado 4 y bajo el epígrafe “Comisión de Conversión o cambio de moneda”: *“Este préstamo devengará a favor del BANCO, una comisión de conversión o cambio de moneda del 0,20 por cierto sobre el capital del préstamo que sea objeto de conversión, de acuerdo con lo previsto en el presente contrato, que se liquidará y hará efectiva por la parte prestataria de una sola vez al tiempo de realizarse dicha conversión, con un mínimo de NUEVE EUROS Y DOS CENTIMOS (9,02 €)”*;

-Cláusula 5ª, con el epígrafe “Gastos y tributos a cargo de la parte prestataria”: *“Serán de cuenta de la parte PRESTATARIA los honorarios y suplidos del Notario autorizante de la presente escritura y lo (sic) de inscripción y cancelación en el Registro de la Propiedad, los Impuestos y Arbitrios, que se devenguen directa e indirectamente de esta escritura, establecidos o que se establezcan en el futuro así como de su inscripción y cancelación en el Registro de la Propiedad, el informe de tasación, los gastos de tramitación de la escritura, los gastos derivados de la prima del seguro de incendio y daños sobre la finca hipotecada, y cualesquiera otros gastos debidos en virtud de la misma comprometiéndose formalmente a mantener en cuenta/s abierta/s en la entidad prestamista saldo suficiente para cubrir los adeudos que en cada fecha deba practicar BARCLAYS BANK, S.A., a los que expresamente facultan para realizar.*

También se obliga la parte PRESTATARIA a satisfacer al BANCO todas las costas, gastos, daños y perjuicios que se ocasionen por incumplimiento de las obligaciones por ella asumida en el presente contrato, incluyéndose expresamente en estos conceptos los honorarios y derechos de letrado y procurador, si el BANCO usase de sus servicios.

En caso de ejecución si el BANCO llegara a adquirir o adjudicarse la propiedad de los bienes hipotecados, en cualquier supuesto procesal en que fuera posible, la parte PRESTATARIA faculta al banco para que descuente del precio del remate o adjudicación el importe de los gastos e impuestos por la adquisición de la propiedad, incluidos el Impuesto sobre las Transmisiones Patrimoniales, Impuesto Municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos, gastos de cancelación de hipoteca, y de inscripción de la adquisición en el Registro de la Propiedad, conceptos que expresamente se pactan sean de cuenta y cargo de la parte PRESTATARIA en el caso de transmisión de la propiedad de la finca hipotecada al BARCLAYS BANK, S.A.

Autoriza expresamente al BANCO la parte PRESTATARIA para que cargue dichos gastos en cualquier cuenta de las que pudiera ser titular o cotitular.

El BANCO adeudará cualquier cantidad debida en virtud de la presente en cuenta/s de la parte PRESTATARIA sólo hasta donde alcance el saldo existente a favor de estos últimos. “

-Cláusula Sexta de la Escritura, bajo el título “Intereses de demora”: “El retraso en el pago de las cantidades debidas, tanto por el principal como por intereses devengará un interés de mora anual de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, con un mínimo de todo caso del dieciocho por ciento, que se computará a partir del día en que debió realizarse el pago, y ello sin necesidad de notificación al deudor ni de denuncia de mora. El interés de demora es también aplicable en el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre la totalidad de la cantidad vencida y no pagada”.

-Cláusula 6º BIS. Causas de resolución anticipada:

“b) Falta de pago, en la fecha de su vencimiento, de cualquiera de las cantidades debidas contempladas en la escritura. Ya sea por principal o intereses

-Cláusula 15ª. B) “Podrá también el BANCO acreedor realizar la venta extrajudicial del/los bien/es hipotecado/s conforme a la disposición final 9ª de la L.E.C., conforme al artículo 1858 del Código Civil, por medio de Notario con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario, y a tales efectos, los otorgantes:

1. Fijan como valor en que la/s finca/s se tasan a efectos de subasta, el mismo que se ha señalado para el procedimiento ejecutivo judicial sumario, es decir TRESCIENTOS DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTIRES EUROS Y SETENTA Y DOS CENTIMOS (€318.523,72)”

De la lectura de todas estas estipulaciones, no cabe duda, sin necesidad de mayores comentarios puesto que ni siquiera se aprecia una negativa en la contestación a la demanda, de que en todas ellas nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, en el sentido regulado en el art. 1 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación por lo tanto es plenamente aplicable todo lo dispuesto en dicha norma, así como en el RDLeg 1/2007.

UNDÉCIMO.- Entrando ya a la valoración de cada una de las cláusulas, la primera establece Cláusula Cuarta, apartado 4 y bajo el epígrafe “Comisión de Conversión o cambio de moneda”. Cláusula en cualquier caso nula por guardar relación con el préstamo multidivisa y por tanto como consecuencia de la estimación de la acción principal.

DÉCIMOSEGUNDO.- En cuanto a la cláusula Quinta que hace recaer sobre el prestatario todos los gastos y tributos del préstamo, basta traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Diciembre de 2015 que desarrolla esta cuestión y a lo que poco puede añadir este juzgador, si bien, puesto que ya ha sido íntegramente transcrita en el folio 69 de la demanda, y resultar sobradamente conocida, y en aras a la brevedad, se va a omitir su reproducción.

Dicha cláusula tal y como se encuentra redactada y conforme lo que expone dicha sentencia es nula al amparo de lo dispuesto en el art. 89.3 del RDLeg 1/2007 en relación con el art. 82.1 del mismo texto, puesto que hace recaer en abstracto sobre el prestatario “todos” los gastos sin distinción. Cuestión distinta son las consecuencias de dicha nulidad ya que alguno de los gastos ciertamente corresponden al prestatario conforme a la ley, y toda vez que se solicita en la demanda el reintegro de cantidades, y para determinar su procedencia habrá que analizar cada uno de los gastos reclamados.

La demanda distingue tres tipos de gastos: notariales y registrales; tributos; y gestoría y tasación, no a otros que también se incluyen en la cláusula pero efectúa un relato genérico, sin distinguir ni concretar los pagos abonados por cada uno de los conceptos. Y en este sentido, las consideraciones a los efectos de determinar la procedencia o no de su pago son en todo caso distintas.

Además reclama 6.458,71 euros por gastos notariales, registro e impuestos, si bien no concreta en modo alguno las cantidades abonadas por el préstamo hipotecario, que es el concepto que nos ocupa. A este respecto la liquidación de gastos efectuada que consta como documento número 16 no resulta ni explicada ni desglosada, y según se desprende de la misma, distingue los gastos en concepto de préstamo hipotecario, y de la compraventa. Evidentemente, en relación con esta última resulta improcedente su reclamación a la entidad bancaria, por lo que las cuantías que en su caso pueden ser objeto de reclamación son 539,15 euros por honorarios de Notario, de impuestos 1.912,50 euros, Registro de la Propiedad 116,14 euros y honorarios, se supone que de la gestoría, 261,60 euros.

Por tanto, derivados del préstamo con garantía hipotecaria los gastos ascienden a 2.829,39 euros que es el máximo reclamable derivado de la nulidad de la cláusula. De ellos debe examinarse cada uno de los conceptos:

-respecto de los honorarios y suplidos del Notario así como de Registro de la Propiedad el artículo 63 del Reglamento del Notariado señala: *"La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial"* mientras que el art. 6 de la Ley Hipotecaria señala que : *"La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho; b) Por el que lo transmita; c) Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir; d) Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos"*.

El negocio jurídico viene constituido por un préstamo con garantía hipotecaria en el que no cabe disociar entre el préstamo y la hipoteca. Aun cuando en principio cabría pensar que el prestatario únicamente tiene interés en la obtención del dinero y por tanto el préstamo, no ha de olvidarse que no es obligatoria la constitución de hipoteca, sino que caben préstamos de otro tipo, personales. Sin embargo, lo que se solicita, por las razones que sean, es la constitución de la hipoteca sobre el inmueble. De hecho coloquialmente se suele hablar de hipoteca, englobando ambos negocios jurídicos. Y la constitución de la hipoteca está sometida a unos requisitos previstos en la Ley Hipotecaria. Su art. 145 exige para la válida constitución de las hipotecas voluntarias, que conste en escritura pública y que se inscriba en el Registro de la Propiedad.

Por tanto no puede hablarse de un exclusivo interés ni del prestamista ni del prestatario, sino que ambos tienen intereses. Uno en la obtención del dinero mediante la garantía hipotecaria y el prestamista que obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC) constituye la garantía legal (art 1875 CC y 2.2. LH) adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC), e incluso obtiene un carácter privilegiado en caso de concurso de acreedores (art. 90.1.1º de la Ley Concursal).

En consecuencia, el pago de los honorarios de Notario y de Registro debe corresponder a ambos interesados. No pudiendo determinarse quién tiene un mayor interés, deberán asumir el pago por mitades. En consecuencia la entidad bancaria ha de reintegrar a los actores la cuantía de 327,65 euros.

-respecto de los Tributos, se refiere al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. La nulidad de la cláusula tal y como está redactada es indudable, e

infringe lo dispuesto en el art. 89.3 del RD 1/2007 por hace recaer sobre el prestatario todos los impuestos.

Sin embargo no se comparte que en lo que respecta al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados ello implique que proceda la devolución de las cantidades pagadas por este concepto toda vez que es el prestatario quién ha de asumir el pago del impuesto.

La determinación del obligado tributario, del sujeto pasivo del impuesto, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, y no la civil en que nos encontramos. Y la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha reiterado que el Sujeto Pasivo de AJD en un préstamo hipotecario es el prestatario, entre otras por Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2001, o la de 31 de octubre de 2006 que textualmente señala: "... en las recientes sentencias de 20 de enero y 20 de junio de 2006, recursos de casación 693 y 2794/01, ... recordando entre otras, a la sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (Recurso de casación núm. 2196/1996), dictada en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, "que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al art. 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado.

En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el art. 18 del Reglamento de 1981, hoy art. 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca".

Por tanto, aun declarándose la nulidad de la cláusula, no procedería la devolución de cantidades reclamadas.

-respecto de los gastos de gestoría y tasación ha de distinguirse. Sobre los gastos de tasación no consta acreditación de su pago, dado que ninguna mención se desprende de la minuta señalada.

En cuanto a los gastos de gestoría, considera este juzgador que procede igualmente, a falta de otro criterio, su distribución equitativa entre ambas partes, teniendo en cuenta el tipo de trámites a realizar, entre ellos el pago de impuesto, cuyo pago corresponde en exclusiva al prestatario. A falta de otra prueba el pago corresponderá por mitad a las partes, por lo que procede la condena al pago de 130,65 euros.

Por tanto, por todos estos conceptos procede la condena al pago por la entidad demandada de 458,30 euros.

DECIMOTERCERA.- En cuanto a la cláusula de interés de demora procede su estimación por resultar abusivo, en aplicación de lo dispuesto en la Sentencia de 23 de diciembre de 2015 mencionada, así como la de 9 de mayo de 2013, y numerosas posteriores que lo reiteran.

DÉCIMOCUARTA.- Lo mismo y por idéntica sentencia del Tribunal Supremo se declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en los términos en los que ha sido redactada, sin perjuicio de la facultad de la actora de instar la resolución contractual al amparo del art. 1124 del Código Civil a través del procedimiento ordinario correspondiente, y que no se ve afectada por dicha declaración de nulidad.

DÉCIMOQUINTO.- Respecto de la cláusula 15 bis relativo a la venta extrajudicial del bien hipotecado, procede declarar su nulidad. No cabe duda de que nos encontramos ante una cláusula prerredactada e impuesta por la entidad bancaria. No hay prueba, ni se alega en la contestación, de negociación con el consumidor. Pero es que tampoco hay el más mínimo indicio de que hubiera sido puesta en su conocimiento, ni se hubiera prestado información sobre su existencia y sobre las consecuencias que puede tener.

Además esta cláusula provoca un desequilibrio entre las posiciones jurídicas de las partes, en detrimento del consumidor, ya que permite a la entidad bancaria acudir a un procedimiento de carácter extrajudicial, si los beneficios y garantías de defensa que tienen estos procedimientos. En este sentido, cabría apreciar nulidad de la cláusula, de forma análoga, con lo dispuesto en el art. 90.1 del RDLeg 1/2007 que declara la nulidad de las cláusulas que acuerden *“La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico”*.

DÉCIMOSEXTO.- Las cantidades objeto de condena devengarán intereses conforme lo dispuesto en los arts. 1101, 1108 y 1109 del Código Civil.

DÉCIMOSEPTIMO.- Vistas las pretensiones ejercitadas por ambas partes, habiendo estimado la relativa a la nulidad por error en el consentimiento, así como de determinadas cláusulas pero sin que se haya condenado a la entidad bancaria a la devolución de gran parte de las cuantías reclamadas por el clausulado de la escritura de préstamo, no procede la condena en costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de y frente a CAIXABANK S.A. DEBO DECLARAR y DECLARO la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 17 de julio de 2.007, en cuando al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, declarando que la cantidad adeudada es el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de disminuir el importe prestado de 100.000 € en la cantidad amortizada, también en euros en concepto de principal e intereses.

Asimismo DEBO DECLARAR y DECLARO NULAS las cláusulas Cuarta, apartado Cuarto, Quinta, Sexta, Sexta bis y Decimoquinta de la escritura de préstamo multimonedada con garantía hipotecaria suscrito.

En consecuencia, DEBO CONDENAR y CONDENO a CAIXABANK S.A. a tenerlas por no puestas y a la devolución de la cantidad de cláusula Cuarta, apartado cuarto

(comisión por conversión de divisas) y Cláusula Quinta, sobre los gastos, habrán de devolverse a mis patrocinados la cantidad de MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS EUROS CON CINCUENTA Y OCHO CÉNTIMOS (1.486,58 €), más las que se vayan cargando durante la duración del presente procedimientos hasta obtener Sentencia definitiva, con los intereses legales devengados desde las respectivas fechas de pago.

Todo ello SIN condena en costas.

NOTIFIQUESE esta Sentencia a las partes, haciéndoles saber que cabe recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid en el plazo de 20 días.

Llévese el original al Libro de Sentencias.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución, es entregada en esta Oficina Judicial para su notificación en el mismo día de su fecha, a la que se da publicidad en legal forma, y se expide testimonio literal de la misma para su unión a los autos. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

